
論 説

不法行為における 416 条の類推適用について

松 浦 以 津 子

- I はじめに——本稿の目的
- II 富喜丸事件判決再考
- III 416 条を類推適用した判例
- IV 結 論

I はじめに——本稿の目的

1. 不法行為法における損害賠償の範囲に関して、かつて、大審院は、富喜丸事件判決¹⁾において、債務不履行における損害賠償の範囲を定めた 416 条を類推適用する²⁾と判断した。その後、最高裁は、昭和 48 年に、実の争点は別のところにあるとおもわれる事件³⁾において、富喜丸判決を引用して、「不法行為による損害賠償についても、民法四一六条が類推適用され(る)」⁴⁾と明言し、「いまだちにこれを変更する要をみない」⁵⁾とした。それ以後、不法行為において 416 条を類推適用するか否かということは、最高裁判決において問題とされたことはない。不法行為において 416 条を類推適用するという原則は、再検討の余地がないほどの当然の前提のようである。

2. しかし、富喜丸事件以後、不法行為の因果関係の存否または損害賠償の範囲について多くの判決がみられ、そのなかには 416 条を基準として判断

しているとは言えない最高裁判決が数多く存在する。不法行為事例において416条を基準として判決しているかどうかについて論議するには、最初に416条の意味を確定しておかなければならない。ところが、416条の個々の文言をめぐる解釈は多様である。したがって、その意義についておおよその合意がみられるところから出発するしかない。

416条の意義が損害賠償の範囲を一般的な予見可能性と当事者の具体的な予見可能性によって制限しようとしている点にあることについては、学説はおおよそ一致している。つまり、416条は、損害の種類を通常損害と特別損害に分けて、通常損害ならば損害賠償の範囲に含まれるとし、特別損害ならば当事者（債務者）が予見または予見できる範囲についてのみ損害賠償請求できる、と定めている。通常損害とは損害の種類を客観的に分類する概念であるが、損害について何が通常で何が特別であるかの判断は、発生した損害が「一般人が普通発生すると予見する範囲の損害」であるならば通常損害と解することができるので、損害賠償の範囲を予見可能性の有無にかかわらせていることになる。予見可能性が一般的であれば通常損害として損害賠償の範囲に含め、当事者に特有であれば、当事者（債務者）が予見可能であったことについて損害賠償請求をする者に立証を要求することによって損害賠償の範囲に含めるということを416条が定めている。

それに対して、最高裁判決のなかには、予見可能性の有無を問わずに、「通常損害」であるという理由づけを経ることもなく、相当因果関係が存在すると判断しているものが存在する。416条を類推適用して判断するとすれば、通常損害であるとして損害賠償の範囲に含めるか、あるいは特別損害として予見可能性の有無を問うかのいずれかになるはずであるので、そのような場合には、「相当因果関係」が因果関係の判断基準となつていると言うことができるとしても、416条を類推適用しているとは言えない。

このような見地から最高裁判決を眺めると、最高裁は、特定の事例において、かつては416条を基準に判断していたけれども、その後、416条を基準とすることなく直ちに相当因果関係の有無を判断するように判例変更をして

いることに気がつく。たとえば、交通事故によって傷害を受けた後に被害者が自殺した事例について、最高裁はかつて昭和 50 年に予見可能性がないことを理由に相当因果関係を否定した⁶⁾が、平成 5 年には、予見可能性の有無を問わずに、相当因果関係が存在すると判断した⁷⁾。この平成 5 年判決の意義について、事故後の自殺が医学的にも、裁判例の集積という経験的事実によっても、加害者側（とくに保険会社）に予見可能なものとなったことが背景に存在すると主張する見解⁸⁾が存在するが、むしろ、それぞれの理由づけとなった準則を考慮して、最高裁は、交通事故による傷害後の自殺事例については、予見可能性を問わない、つまり 416 条を類推適用しないことにしたと言うべきである。つまり、最高裁は、すべての事例で不法行為に 416 条を類推適用しないことにしたわけではない⁹⁾が、交通事故による傷害後の自殺事例については 416 条を類推適用しないと判例変更をしたと言うことができる。

他方、最高裁は、平成 8 年に二つの判決¹⁰⁾において、予見可能性があったことを理由として、原審の判断を覆して、損害賠償を認めている。つまり、最高裁は、不法行為について 416 条を類推適用するという原則は、最高裁が当然の前提とする原則とするという立場を維持しながら、特定の事例において 416 条を判断基準とすることなく因果関係を判断していると言っていることができる。

それでは、最高裁は、どのような事例において 416 条を類推適用して予見可能性を基準として因果関係の有無を判断しているのであろうか。

3. 本稿の目的は、最高裁の判決の現状を考察して、最高裁がどのような事例で因果関係の存否について 416 条を基準として判断し、どのような事例においては 416 条を判断基準としていないかを探求することである。

因果関係の存否は、不法行為事例において帰責判断の一つのかなめであり、その結論の妥当性それ自体が問われることが少なくない。しかし、不法行為法学界の傾向としては、それ以上に、因果関係の判断をいかなる理由づけによっておこなうかということを重要な論点としてきたと言いうことができ

る。判断基準として明解であり、しかも、さまざまな事例に対応できるような理由づけを探究することが学者の主たる任務とされてきた。このためにアメリカやドイツの判例および学説を考察して、新たな判断基準を示すことが重要な課題であった。しかしながら、この小稿は、新たな判断基準を模索することを直接の目的としていない。大審院および最高裁が、どのような具体的事例の因果関係に関して、416条を判断基準としているかを明らかにすることを目的とする。

そのために、416条を「類推適用」しているかもしれない大審院および最高裁判決を網羅的に検討して、どのような事例について416条を「類推適用」しているか、または適用していないかを明らかにしたい。

従来から論議されてきたように、因果関係論の最終的な課題は、帰責に関して妥当な結論を導き出すための統一的一般的な判断基準を示すことであるかもしれない。確かに、一般的な概念を判断基準とすることによって、はじめて帰責の根拠についての統一的な考察が可能となる。また、判断基準としての因果関係概念は簡明で単純なほど望ましいという側面がある。しかし、判断基準となっている概念を探したり、判断基準としてどのような概念を用いるのが妥当であるかを検討したりすることは、仮定的で抽象的な事実関係を前提としたままではおよそ不可能である。事故および紛争態様が複雑化する現代においては、事実との対応において帰責が問題となり、因果関係の存否が問題となる。違法性論だけではなく因果関係論においても、事実関係を類型化したうえで考慮すべきファクターを特定し明確化しながら、他方で事実に対応する適切な理由付けのための因果関係概念を探究するという作業が必要であろう。

事実関係との対応で因果関係を考察する方法をとる場合に、最初に検討しておかなければならないのは富喜丸事件判決である。不法行為に416条を類推適用するという原則を示した富喜丸事件判決は、昭和48年最高裁によって原則として再確認されている。しかし、富喜丸事件判決が示したルールは、富喜丸事件の事実関係の特殊性とどこまで関連しているのだろうか。同

判決は、確かに、一般的な原則として、不法行為に 416 条を類推適用すると明言しているが、それはどのような事実関係についてどのような機能を果たすものであったのだろうか。そして、その後同判決を引用する最高裁判決は、どのような事実関係についてどのような機能を果たすものとして引用しているのだろうか。

不法行為について一般原則として 416 条を類推適用するという考え方を採っているように見える大審院および最高裁判決について、事実関係をも含めて分析すると、一定の特徴が明らかになるのではないかと予測する。

II 富喜丸事件判決再考

1. 大審院と最高裁が、どのような事例において 416 条を判断基準としておりどのような事例においては判断基準としていないかを考察するにあたって、最初に、富喜丸事件の意義と判断基準となったルールを確認しておくこととする。そして、その後、判断基準となったルールと「416 条の類推適用」との関係について考察することとする。

2. 富喜丸事件は、原告所有の富喜丸が、被告所有の汽船と衝突して沈没したことによる損害について、沈没が相手方汽船の船長の過失によるものとして、損害賠償を請求した事件である。原告が請求した損害は、i) 船の滅失時（大正 12 年 4 月 28 日）から 2 年数か月後の最高価格時の時価、ii) 滅失時に存在した大正 12 年 5 月から 12 月までの傭船契約の賃貸料、および、iii) 将来の 3 年間（大正 13 年から 15 年）の賃貸料、であった¹¹⁾。

原審は、i) 船の滅失時の時価、ii) 滅失時に存在した同年中の傭船契約の賃貸料、および、iii) 将来の 3 年間（大正 13 年から 15 年）の賃貸料について損害賠償を認めた。しかし、i) 最高価格時の時価についての損害賠償は認めなかった。この判断に対して、双方が上告した。これに対して、大審院は、i) 船の滅失時の時価だけについて損害賠償を認めた。大審院は、i) 滅

失後の船の価格の高騰は考慮しない、ii) iii)の滅失後の賃貸料について、たとえすでに契約が存在するとしても、損害賠償の範囲とはしないという判断を下した。

この結論をみると、大審院は被告の上告の趣旨に沿う判断をしているので、被告の上告理由を認めたようにおもわれるかもしれないが、実は、大審院は、被告の主張と異なる独自の論理を持ち出してこの結論に至っている。大審院が示した論理が「416条の類推適用」である。

最初に、原審の判断と被告の上告理由をみておくこととする。原審は、「数額に付、審究するに不法行為に因る損害賠償は直接の結果たると間接の結果たると通常の事情に因りて生じたと特別の事情に因り生じたとを問はず行為と損害との間に因果関係ありと認めらるる場合に於ては被害者は総ての損害の賠償を請求し得べく商法には船舶の衝突に付、之を制限したる法条存せざるが故に被害者は不法行為に因り他日受くべき利益をも害せられたるときは判決を受くる迄の間に於て之を算定し其の賠償をも請求し得べき」¹²⁾と述べた。つまり、通常損害であろうが特別損害であろうが因果関係が存在するかぎり損害賠償の範囲に含まれるので、不法行為後に被害者が得るはずであった利益についても損害賠償が認められる、と原審は判断した。そして、原審は、i) 船の騰貴した価格については、事物の自然の趨勢によるものではないので損害賠償は認められないとし、ii) iii)の賃貸料については、備船は船舶利用のふつうの方法であるので被害者が得るはずの利益として損害賠償が認められる、と判断した。

これに対して、原告は、i) 船の騰貴した価格についての賠償に関して、「物理上もしくは経験上の法則によって因果関係が一目瞭然でなくても、事件の背景である諸般の事情に従い一般取引通念によって観察して不法行為がなければ将来利益を受けたであろうことを確認できる場合には損害賠償の範囲に含まれる。これに反する判断をした原判決は、慣習法もしくは経験上の法則に反するばかりでなく、大審院の先例¹³⁾にも反する、と主張した。

被告は、船舶が沈没したとき沈没時における船価だけが損害賠償の対象と

なる、その後の事情は、損害賠償請求において考慮されない。なぜならば、損害賠償債権という金銭債権について沈没時から支払時までの利子が認められるので、その間の事情は既に算定されており、i) 滅失後の船の価格の高騰を考慮すれば、二重に損害賠償を認めることになる、と主張した。また、ii) iii) の賃貸料について、沈没時の船の価格は、船の交換価値であり、交換価値はその物の利用価値を含めて算定されるので、交換価値の損害賠償を認めたとうで、その後の物の利用価値である賃貸料の損害賠償を認めるのは、二重の賠償を認めることになる、と主張した。

3. これらの争点について、大審院は、船の沈没当時の価格について賠償を請求することができる、その他の損害については賠償を請求することができない、と判断した。この結論は、被告の主張するものと同じであった。しかし、被告の主張する論理、つまり交換価値と利用価値の概念によって二重の賠償は認められないとする理由づけによることは拒否した。

大審院が、i) の騰貴した価格および ii) iii) の賃貸料について賠償を認めない理由として、第一に示した基準は、「不法行為によって物が滅失した場合には物の滅失当時の価格について賠償を請求することができる」というルールである。このルールの「物の滅失当時の価格」による賠償を限定的に解釈すれば、「その後騰貴した価額」については請求することができないことになる。しかし、大審院は、i) の騰貴した価額について損害賠償が認められるかどうかの検討に入らずに、先に、ii) iii) の賃貸料について次のように述べた。

「被害者が滅失毀損当時に於ける物の価格を標準として定められたる賠償を得たときは其の被害者は将来其の物に付、通常の使用収益を為し得べき利益に対する賠償をも得たるものと謂ふべく更に斯る賠償を請求することを得ず。」¹⁴⁾ つまり、物の滅失当時の価格について賠償を得た被害者は、その後の「通常の使用収益」については、損害賠償を得ることができない。しかし、「特殊の使用収益」については、「通常の使用収益」と異なる取り扱いをすべきであると、大審院は考えた。つまり、「之に反して被害者が其の独特

の技能特別なる施設其の他其の物の特殊の使用収益に因り異常の利益を得べかりし特別の事情ある場合に於て不法行為に因り使用収益を妨げられ為に其の得べかりし利益を失ひたるときは不法行為と損害との間に相当因果関係が存する限り該利益喪失に対する被害者の賠償請求権を認めざるべからず。」¹⁵⁾と述べた。「被害者の独特な技能、特別な施設、物の特殊の使用収益によって異常な利益を受ける特別な事情がある場合には得べかりし利益」について、「相当因果関係が存する限り」損害賠償の範囲に含まれる、との考え方を示した。

このように「通常の使用収益」と「特殊の使用収益」を分けて異なる取り扱いをする根拠として、大審院が示した論理が「416条の類推適用」である。

そして、大審院は、「賃借料が物の特別な使用によって得べかりし利益であるとして損害賠償を請求する場合には、416条第2項の規定に準拠し不法行為の当時において将来そのような利益を確実に得べきことを予見し又は予見し得べかりし特別の事情あったことを主張し、且、立証することを要する」¹⁶⁾と述べた。したがって、原判決が、傭船料を認めた理由が、通常の使用利益として認めたとしたら、二重の賠償を認めたことになる。特別な事情があると考えて認めたとすれば、船舶衝突の当時においてそのような使用利益を得るかもしれないことを予見していたか、または予見することができたことを判断しなければならない。原審が、416条の類推適用を否定するかのように、この点の判断をしなかった点で、原判決は破棄されるべきである。

大審院は、次に、i)の騰貴した価格による損害賠償について検討し、被害者はその利益について当然には損害賠償を得ることができない。価格の騰貴が自然の趨勢によるものであっても、被害者は、不法行為がなければその騰貴した価額で転売するなどの処分をするか、もしくはその他の方法によって騰貴した価額に相当する利益を確実に取得したはずであるという特別の事情があり、その事情が不法行為当時予見し又は予見し得べかりし場合にだけ、損害賠償を得ることができる。被害者は、これらのことを主張し、且、之を

立証する責任がある、と述べた。そして、被害者が、その最高価格による利益を確実に保有できたという事情について主張立証を尽くしていないので、最高価格の時を標準として損害賠償の範囲を決定することはできない、と判断した¹⁷⁾。

4. 以上のように、大審院は、「416 条の類推適用」によって、原審の判断を破棄した。それだけではなくて、大審院は、この判決において、先例を変更している。

つまり、ii) iii)の将来の賃貸料に関する部分では、① 大判大正 4・2・8¹⁸⁾及び ② 大判大正 6・6・4¹⁹⁾の二つの判例を変更している。

大判大正 4・2・8²⁰⁾【1-①】は、不法行為の場合には、債務不履行の場合における 416 条のような規定がないので、通常生ずべき損害と特別の事情により生じたる損害とを区別する必要はなく、不法行為によって損害が発生した本件の場合においてはその損害が行為者の予見しまたは予見できたものか否かを審究する必要はない、と述べていた。

また、② 大判大正 6・6・4²¹⁾【1-②】も、同様に、不法行為より生ずる損害の賠償については 416 条の規定を適用すべきではなく、行為と損害との間に因果の関係が存在する場合にはその損害が通常生ずべき損害であろうと特別の事情によって生じた損害であるとを問はず加害者が賠償する義務を負う、と述べていた²²⁾。

このように、不法行為においては 416 条の適用はないというのが大審院の先例であった。富喜丸事件判決は、民刑聯合部判決をもってこれらの先例を覆し、不法行為においても 416 条の適用があると判断した。

また、i)の騰貴した価格に関する賠償に関しては、③ 大判大正 5・11・17²³⁾および ④ 大判大正 10・4・4²⁴⁾の二つの判例を変更している。

③ 大判大正 5・11・17【1-③】の詳しい事実関係は不明である²⁵⁾が、原審において、物の滅失について最高価格の損害賠償、および最高価格について滅失時から支払時までの法定利率による損害賠償が認められた。それに対して大審院は、最高価格時から支払時までだけの法定利息を認めそれ以前の法定

利率による利息を認めない判断を下したが、最高価格に対する賠償については当然に認める趣旨で、「不法行為に依りて侵害せられたる財産権の価額該行為後に至り昂騰したる場合に於ては被害者は民法第七百九条に因り損害賠償として最高価額並に之に対する最高価額に達したる時以後賠償済に至る迄の期間に於ける法定利率に依る損害額の賠償を訴求し得べきは本院判例の趣意に照し明なり」²⁶⁾と述べていた。

また、④ 大正 10・4・4²⁷⁾【1-④】も、同様に、不法行為後に物の価格が騰貴したときには、最高価格について得べかりし利益を失ったとしてその価格およびその時以後の法定利息について損害賠償を請求することができる、としていた。

このように、大審院の先例は、騰貴した価格についての損害賠償を得べかりし利益についての損害賠償として認めていた。それに対して、富喜丸事件判決は、騰貴した価格を416条2項に定める特別事情による損害と把握して、予見可能性と関連させ、しかも原告が立証することができた場合にだけ賠償を得ることができるとした。

5. 大審院は、どのような検討を加えたうえでどのような価値判断によって416条の適用があるとしたのだろうか。

大審院は、この点に関して、「民法第四百十六条の規定は共同生活の關係に於て人の行為と其の結果との間に存する相当因果關係の範圍を明にしたるものに過ぎずして独り債務不履行の場合にのみ限定せらるべきものに非ざるを以て不法行為に基く損害賠償の範圍を定むるに付ても同条の規定を類推して其の因果律を定むべきもの」²⁸⁾と述べた。つまり、大審院が416条の類推適用を認めた論理は、1) 不法行為の損害賠償の範圍は相当因果關係によって判断されるべきである、2) 416条は相当因果關係の範圍を明らかにしている、3) 不法行為の場合にも416条を類推適用する、というものである。

類推適用とは、ある特定の事項について規定された法規を類似の他の事項に適用することである。したがって、類推適用が可能かどうかの判断は、その事態が、法が規定している事態と類似しており、その法規を適用すること

に合理性があるかどうかを検討することを経ておこなわれることになるはずである。しかし、大審院は、416 条を類推適用する根拠についてなんら検討を加えたわけではなく、1) 不法行為の損害賠償の範囲は相当因果関係によって判断されるべきである、2) 416 条は相当因果関係の範囲を明らかにしている、3) 不法行為の場合にも 416 条を類推適用する、という三段論法を使用しただけである。

それでは、1) 不法行為の損害賠償の範囲は相当因果関係によって判断されるべきである、というルールの根拠について、大審院は、どのように説明しているだろうか。大審院は、その理由を次のように述べている。

「なぜならば、不法行為によって生ずる損害について自然的因果関係によって判断すると、その責任の範囲が広すぎることになり加害者に無限の負担を負わせる結果となりわれわれの共同生活関係に適しないことになる、共同生活の関係において行為の結果に対する加害者の責任を問うにあたっては、一般的に観察して相当と認め得る範囲においてのみ加害者に責任を負わせそれ以外の責任を負わせないのが、法理に合し民法第七百九条以下の規定の精神に適していると解すべきであるからである。」²⁹⁾

つまり、大審院は、不法行為において自然的因果関係と相当因果関係とのどちらによって判断すべきか、と問題を立てたうえで、相当因果関係によるべきとしている。その理由は、大審院によれば、それが「法理に合し民法第七百九条以下の規定の精神に適している」からである。それ以上の説明はない。

大審院は、次に、416 条の規定の趣旨について、2) 416 条は相当因果関係の範囲を明らかにしている、と説明したが、この理由については、次のように説明している。

「民法第 416 条の規定は共同生活の関係において人の行為とその結果との間に存在する相当因果関係の範囲を明らかにしたるものであり、単に債務不履行の場合にだけ限定されるものではない。」³⁰⁾

つまり、この説明において大審院が使用した論理のかなめは、「共同生活

の関係」である。416 条が共同生活関係においての損害賠償の範囲を定めたものであり、不法行為についても共同生活関係が存在する、と説明されている。ここでも、それ以上の説明はなにもない。大審院は、416 条が前提とする債務不履行の場合の当事者の利害状況と、不法行為の場合のそれとに類似性があるかどうかについては検討を加えないまま、どちらの場合にも「共同生活関係が存在する」ことだけを根拠として、3) 不法行為の場合にも 416 条の規定を類推して因果関係を定める、という結論を導いている。

以上のように、大審院が不法行為にも 416 条を適用するとした判断の根拠を大審院の判決理由の文言から探ろうとしても、それは明らかになってこない。

6. 大審院が富喜丸事件において 416 条を類推適用した意味をどのように考えたらいいであろうか。大審院は、第一に、原審の判断、第二に、上告理由、第三に、大審院の先例と異なる判断をしている。文言ではなくてそれぞれが保護しようとした利益に着目して、富喜丸事件における 416 条の類推適用の意味を検討したい。

原審は、船舶の滅失について、i) 船の騰貴した価格については、事物の自然の趨勢によるものではないので損害賠償は認められないとし、ii) iii) の賃貸料については、傭船は船舶利用のふつうの方法であるので被害者が得るはずの利益として損害賠償が認められる、としている。大審院は、416 条を類推適用して、同条 2 項の特別事情による損害として原告がその予見可能性を主張立証することができれば、i) 船の騰貴した価格も ii) iii) の賃貸料についても、損害賠償が認められる、としている。しかし、結論としてはこのような立証がなされていないので賠償を否定している。

i) 船の騰貴した価格は、原審にとっては「自然の趨勢によるものではない」。大審院にとっても特別事情による損害である。この点では、大審院と原審は同じ判断をしている。違う点は、大審院は特別事情および予見可能性について原告に立証責任を負わせながらも、特別事情による損害について賠償の範囲に入れる余地を認めていることである。しかし、現実には、そのよう

な立証を原告ができる事態は稀な場合でしかないので、i) についての大審院と原審の判断の差はそれほど大きくはないであろう。

大審院の判断を第一に原審の判断と比較して注目すべきは、ii) iii) の傭船料である。原審は、傭船が船舶利用のふつうの方法であるので賠償の範囲に含まれるとしている。これに対して、大審院は、通常の傭船料は賠償の対象とはならないとしている。大審院は、この事件で「不法行為に 416 条を類推適用する」と明言しているので、この準則によれば「通常の損害」は損害賠償の範囲にはいることになるはずである。しかし、大審院は、「通常の傭船料」は賠償の対象とならないとしている。したがって大審院は、「通常の傭船料」を船舶の滅失による通常の損害とは考えていないことになる。大審院によれば、船舶が滅失した場合には、その損害は滅失時の時価によって算定され、「通常の傭船料」は滅失時の価格に対する法定利率による遅延損害金として賠償されるので、「通常の傭船料」は賠償の範囲に含まれない。つまり、大審院は、「不法行為に 416 条を類推適用する」と明言したけれども、「通常の傭船料」が賠償されるべきか否かの判断基準として、416 条ではなくて、「物が滅失した場合の損害の算定方法は滅失時の時価によって算定される」という準則から導かれる「物の利用価値は交換価値の中に含まれて時価として算定されておりその後の使用収益は法定利率による遅延損害金として賠償される」という準則によったのである。したがって、富喜丸事件において「416 条の類推適用」は、「特別事情による損害」についてだけ意味があったとすることができる。

第二に、大審院の判決を上告理由と比較すると、前述のように結論は同じであるが、大審院判決は、特別事情による損害について、原告に特別事情の存在と特別な損害の予見可能性について立証責任を負わせながら、賠償を認める余地を残しておいた、とすることができる。

大審院は、特別事情としてどのようなことを考えていたのだろうか。判決理由は、「被害者が其の独特の技能特別なる施設其の他其の物の特殊の使用収益に因り異常の利益を得べかりし特別の事情」と述べて、特別事情とし

て、被害者の独特の技能、特別な施設、その物の特殊な使用収益をあげている。このうちの「被害者の独特の技能」がなにを意味するかについては、若干の検討が必要である。つまり、被害者が物的な損害を受けた場合について述べているのか、それとも、被害者が身体的損害を被った場合の逸失利益の算定について述べているのかを検討しておく必要がある。

富喜丸事件判決が大審院において物の滅失による損害についてその算定方法を明らかにした判決だとすると、大審院が身体的損害を被った場合の逸失利益の算定方法について最初に論議したのはいつであろうか。その可能性があるのは、富喜丸事件判決より数か月前に判断された著名な³¹⁾重太郎即死事件³²⁾である。原告が、死亡した重太郎は営業に従事し1日当たり3円の収益を上げていたと主張して、死亡の翌日より166日分の得べかりし利益の損害賠償を求めた。原審は、1日当たりの収益を2円と認定して損害賠償を認めた。大審院は、このような損害賠償の算定方法について何も言及していないし、上告人がこの算定方法について争ったかどうか不明であるが、少なくとも1日当たりの得べかりし利益を基準として損害額を算定する方法を是認しているということではできらう。人身損害が発生した場合の損害賠償の範囲については、「得べかりし利益」という概念を使用していても予見可能性を基準として賠償額を算定することは想定していなかったのではないかと考えてもよいのではなかろうか。つまり、富喜丸事件で大審院が想定した「被害者の独特の技能」による特別な損害とは、物について「被害者が独特の技能」を持っているがために「得べかりし利益」があった場合を意味していたのではないか。

富喜丸事件の特徴は、第三に、富喜丸事件判決を同判決が否定したそれ以前の判例と比較するにあたって、その論理ではなくそれらの事実関係を比較すると、さらに明白になる。騰貴した価格に関する大判大正5・11・17【1-③】および大判大正10・4・4【1-④】の二つの判例のうち大判大正5・11・17【1-③】は詐欺による損害事例であり、大判大正10・4・4【1-④】は、善意の占有者が耕作していた稲をその土地の所有者が刈り取ってしまったために損害を被っ

たとして、善意の占有者が土地所有者に対して稲による「得べかりし利益」として最高価格の賠償を求めた事例である。先例が損害賠償を認めたのに対して、富喜丸事件判決は、騰貴した価格を 416 条 2 項に定める特別事情による損害と把握して、予見可能性と関連させ、しかも原告が立証することができた場合にだけ賠償を得ることができるとした。つまり、富喜丸事件判決が示したことは、不法行為に基づいて損害賠償を請求する場合には、不法行為時の物の時価によって損害額が算定されるが、原告が特別事情および予見可能性を立証できなければ、最高価格について損害賠償を請求することができないという準則であったが、それは、詐欺によって物が奪われたとき、および占有物侵奪の場合についてであった。

また、備船料に関して富喜丸事件判決が引用して覆した大判大正 4・2・8【1-①】は、被告の列車と衝突した自動車の所有者が事故の原因は誤った信号を出した被告の信号手にあるとして自動車の価値について損害賠償を請求した事件であった。この事件の事実関係は、特別事情による使用利益とはなんの関係もなく、被告が主張した特別事情は原告の行為が突然のものであったことのようなのである。当事者は因果関係の存否を争点としているが、実の争点は、原告の突然の行為に誘発された被告の信号手の行為が過失あるものであったかどうかである。このことを考慮すると、富喜丸事件判決は、大判大正 4・2・8【1-①】について単にその論理だけを否定したものと考えたほうがよいようである。したがって、本判決の事実関係は考慮の対象としないこととする。

備船料に関して富喜丸事件判決が引用して覆したもう一つの判決である大判大正 6・6・4【1-②】は、違法な仮処分によって被害者が第三者に対する債務を履行できなくなったために支払った損害賠償の予定額を賠償請求した事件である。富喜丸事件判決は、このような特別事情と、不法行為者が不当な仮処分を実行した時点でこのような損害を発生させることを予見していたか予見可能であったことを被害者が立証することができなければ、損害賠償の範囲に含めることができない、と判断したものということができる。不法行

為の態様は不当な仮処分であり、特別事情による損害は、第三者との契約に基づいて被害者が支払った損害賠償の予定額である。

以上の検討から、富喜丸事件判決が引用して覆した大審院の先例は、すべて物の滅失についての損害賠償が請求されており、不法行為の態様としては、詐欺による物のへん取、占有物侵奪、不当な仮処分事例である。これらの態様の不法行為は、アメリカ不法行為法では、意思的な (intentional) 不法行為と分類されるものであり、過失不法行為 (negligence) とはまったく別の類型の不法行為として別の損害賠償原理が働く分野である。

それに対して、富喜丸事件は過失による不法行為である。しかし、損害の予見可能性については、特有の事情が存在する。それは、原告も被告も傭船によって利益を得ている商人であり、船が沈没する可能性もそれによって将来の傭船契約が影響される可能性も計算できる状態にある。そして、富喜丸事件では、原告は船の滅失についても商人として計算しており、将来の傭船料についてあらかじめ損害保険をかけており、現実には保険会社から保険金の支払いを受けている。

富喜丸事件判決は、先に検討したように、債務不履行の条文である 416 条を不法行為に類推適用すると明言したが、富喜丸事件のどのような具体的事実が債務不履行の事例と類似するから 416 条を類推適用することが妥当であるというような説明は、していない。一般的に、「法理に合し民法第七百九条以下の規定の精神に適している」と説明するだけである。判決理由がそのような説明しかしていないと、債務不履行の条文である 416 条が不法行為に一般的に適用され、416 条が不法行為の因果関係または損害賠償の範囲を決定する大原則のように理解されることになる。とくに、事実との対応で判例を理解する文化が存在しないと、裁判所が何を語ったかだけが注目され、原則だけが一人歩きすることになる。富喜丸事件判決は、過失不法行為に関するものであるけれども、傭船を業とする商人間の不法行為であり発生した損害について予見可能性を想定することができる事実関係にあったことに注目しておきたい。さらに富喜丸事件判決が覆した先例は、アメリカ法では特殊

な不法行為に分類される不法行為類型であったことにも注目して、富喜丸事件判決以後の判例を分析することにした。

III 416 条を類推適用した判例

1. 富喜丸事件判決によって、不法行為の場合にも 416 条が類推適用されることが明言されたが、その後の大審院または最高裁判決では、416 条はどのような事例についてどのような準則として判断基準として使用されたのであろうか。

この問題の検討を始めるには、不法行為について 416 条を類推適用した判決にどのようなものがあるかを確定しなければならない。そのためには、416 条を類推適用しているということが何を基準に決定されるかを明らかにしておかなければならない。416 条第 1 項は通常損害について規定し、判例において「通常損害」と「相当因果関係」との関係はしばしば同じ意味で使用されている。通常損害について判断している判例は、必ずしも 416 条を類推適用している判決とはいえない。また、富喜丸事件判決が 416 条を類推適用した意味が、特別事情による損害について、原則として損害賠償を否定し、原告が特別事情および損害についての予見可能性を立証できた場合にだけ損害賠償の範囲に含めるとした点にあることを考慮すると、416 条を類推適用している判例とは、「特別損害」について判断している判例ということができる。

したがって、判決理由中に「特別損害」について言及している判例を中心に、原告が主張する損害を「特別損害」とであると認定したうえで、2. 損害賠償を認めた判決、3. 特別事情およびその予見可能性について立証が尽くされているかどうか判断すべきであるとして差し戻した判決、4. それらの立証がなされていないので損害賠償が認められないとした判決の順に、検討する。

2. 富喜丸事件以後、大審院または最高裁が不法行為事案において、「特別

損害」またはそれに類似する「特別な損害」「特別の損害」「特別の事情による損害」という概念を使用して判決したものはどのようなものであるかを調べると、それは予想外に少ない。

そのなかで、原告の主張する損害を特別事情による損害であるとしたうえで、原告に損害賠償を認めた判決は、① 最判昭和 39・6・23³³⁾、および ② 最判平成 8・5・28³⁴⁾である。順次、やや詳細に検討する。

① 最判昭和 39・6・23 【2-①】の事実関係の概要は、次のとおりである。

原告が所有する山林の立木を被告が不法に伐採して売却したために、原告は、被告に対して不法行為に基づいて損害賠償を請求した。原告は、損害額を算定するにあたり、伐採時の立木の時価ではなく、適正伐採期まで育成して伐採するものとして適正伐採時の時価を請求した。

原審は、原告主張の損害賠償を認めた。原審が、適正伐採期の時価について、通常損害と判断したのか、それとも特別損害であり予見可能性があったと判断したのかは判決理由からは明白ではない。原審は、「立木の適正伐採期における収獲を喪失した損害は不法伐採により通常生ずる損害とみるべく、不法伐採者は適正伐採期における立木の時価相当額を賠償しなければならない。」とするとともに、「被告が立木の伐採販売を営んでいたこと、原告が右山林を通常の方法で管理していることを知っていたことが認められるから、被告は控訴人が適正伐採期における右立木の収獲を取得し得ることを予見し又は予見し得られたものと推察され、従って、被告は、右立木の適正伐採期において原告が取得できた筈の収獲を喪失した損害即ち適正伐採期における立木の時価相当額を賠償する義務がある。」と述べた。

被告は、この点に対して、立木の適正伐採期における時価は通常損害でないこと、および、「大正十五年五月二十二日大審院聯合部判決によれば、特別事情とは単なる希望ではなく、確実に利益を取得したるべき事情でなければならないから本件において唯適正伐採期に伐採したであろうとの推察のみでは特別事情でなく、適正伐採期までは如何なることがあっても伐採しない特別な事情があ[ることが必要である。]」として、上告した。

最高裁は、「原判決は、民法四一六条二項による範囲の損害額を肯認したものであること、判文上明らかである」として、上告を棄却した。

② 最判平成 8・5・28【2-②】の事実の概要は、次のとおりである。

原告は、被告が所有していた建物を競落し建物の所有権と敷地についての法定地上権を取得した。被告は、強制競売について執行抗告を申し立てたが棄却され、最高裁でも抗告を却下された。被告は、その後も建物の明け渡しを拒み、原告に対する建物の賃料債権を被保全権利として、建物について仮差押命令の申立てをし、その結果、建物に仮差押えの登記がされた。また、建物の所有権移転登記の抹消登記手続等を求める訴えを提起し、この結果、建物に所有権抹消の予告登記がなされた。

原告は、被告が原告に対してした仮差押命令の申立ておよび訴えの提起が不法行為に当たり、これにより原告は建物の転売契約を履行することができなくなり、損害を被ったとして損害賠償を請求した。

原告は、買主に支払った違約金、得べかりし転売利益および弁護士費用を損害と主張した。原審は、得べかりし転売利益及び弁護士費用について損害賠償を認めたが、違約金については認めなかった。原告が上告し、最高裁は、違約金について、原審の判断を覆した。

最高裁は、被告が、不法行為をした時点において、「建物の競売による買受代金〔中略〕を知っており、また、原告が転売の意思をもって本件建物を取得、保有していること及び転売がされた場合には原告が少なくとも一三五〇万円の利益を得ることを知ることができたというのであるから、被告は、自らの不法行為によって、原告が転売契約を履行できずに一〇〇〇万円程度の違約金を負担せざるを得なくなることをも知ることができたというべきである」として、違約金についても損害賠償を認めた。

以上の二つの判決だけが、不法行為について 416 条 2 項を類推適用して特別事情による損害について損害賠償を認めたものである。【2-①】判決は、416 条 2 項によることを明言しているが、【2-②】判決は、違約金についての損害を特別損害であるとは明言していない。しかし【2-②】判決の判決理由

の論理をたどると、所有者が転売契約を履行できなくなることにについて予見可能であると判断したうえで、原審の判断を覆して、損害賠償を認容しているので、違約金について416条第2項に定める特別損害であると判断していると考えられる。そして、最高裁は、不法行為時の不法行為者の予見可能性について、「不法行為者が問題の建物の競売価格を知っていたこと」、「被害者が転売の意思を持っていたことおよび転売利益を得ることができたことを知ることができたこと」を認定して、「被害者が違約金を負担せざるを得なくなることをも知ることができた」と判断している。不法行為者について不法行為時の具体的な予見可能性の存在を認定していると言うことができる。

【2-①】判決における不法行為の態様は、山林の不法伐採であり、賠償が認められた特別事情による損害は、適正な伐採時期に伐採したであろうならば原告が得ることができた立木の価格である。【2-②】判決においては、不当な訴訟提起であり、賠償が認められた特別事情による損害は、不当な仮差押えおよび訴えの提起によって所有者が転売契約を履行できなくなったために第三者である買主に支払った違約金である。不法行為の態様が、不法な所有物の侵奪および不当訴訟であることに注目すべきである。

3. 次に、原告の主張する損害について特別事情による損害であると判断したうえで、原告が特別事情による損害であることおよび予見可能性について立証を尽くしているかどうかについて判断すべきであるとした ① 大判昭和5・12・20³⁵⁾および ② 大判昭和10・5・1³⁶⁾について検討する。

① 大判昭和5・12・20【3-①】の事実関係の概要は、次のとおりである。Xら5名が立木について所有権を有していたが、Yはそのうちの1名から譲渡されたと称して立木を伐採してしまった。Xらが立木の5分の4について、Yに対して損害賠償を請求した。原審が、伐採後半年ほど経過した時点の立木の価格に基づいて損害賠償を認めたので、Yが上告した。

大審院は、富喜丸事件判決を引用して³⁷⁾、「不法行為に因る物の滅失毀損に対する現実の損害賠償額は滅失毀損当時の交換価格に依り之を定むべく其の物の価格が不法行為後騰貴したときは被害者の不法行為なかりせば売却

其の他の方法に依り騰貴したる価額に相当する利益を確実に取得し得たるべき特別の事情存し不法行為の当時之を予見し又は予見し得べかりし場合に限り之に相当する損害の賠償を請求し得るものとす。」と述べて、原審が漫然と伐採後半年ほど経過した時点の立木の価格に基づいて損害賠償を認めたのは誤りであるとして、差し戻した。

② 大判昭和 10・5・1【3-②】の事実関係の概要は、次のとおりである。原告が自動車 4 台を所有して本件家屋において運送業を営んでいたところ、被告が家屋について強制執行をおこなったため、原告は 48 日間運送業をおこなうことができなくなった。原告は不当な強制執行を理由として、48 日間の営業利益について損害賠償を請求した。

原審が、1 日当たり 20 円 48 日間の営業利益について損害賠償を認めた。Y が、特別事情の有無とその事情の予見について、何等判示せずに全部の賠償を認めたことを違法として、上告した。

大審院は、「自動車による運送業者が従前の営業場所である家屋を営業に使用することができないときは特別の事情がないかぎり遅滞なく他に適當の場所を求めて営業を継続するのが通常であり、48 日間も休業するのは稀有の事例に属す」と述べて、48 日間の休業による損害全部を通常損害であるとなることができないと判断した。そして、「原審が、特別事情の有無乃至其の事情の予見について、何等判示せずに全部の賠償を認めたことは審理不尽理由不備である」と判断して、原審を破棄し差し戻した。

本判決において、大審院は、原告が請求する 48 日間の休業損害については通常損害ではないと判断したうえで、原審において特別事情の有無と予見可能性の有無を審理する必要があると判断した。本判決は、富喜丸事件判決をまったく引用しなかったが、富喜丸判決の「416 条の類推適用」の準則に基づいて、休業損害について賠償を認めた原判決を覆したものである。

このように本判決において 416 条が類推適用されたが、その前提となる重要な事実として指摘することができる事柄は、本事例において、第一に、加害者の不法行為の態様が不当な強制執行であり、第二に、損害の種類が休業

損害であることである。不当な強制執行は、アメリカ法では不法侵入や名誉毀損と並んで「意思」不法行為と分類されることがある不法行為類型である。不法行為時に損害発生について故意があるとはまでは言えないかもしれないが、行為を意思的におこなっている場合には、行為の時点で損害発生の可能性について予見可能性があることが考えられる。強制執行の段階で目的物の使用収益のあり方について知ることは可能であり、その経済的な損失については予測することは可能である場合が存在する。したがって、本事例で、損害賠償請求の可否を予見可能性の有無に関係させる判断がなされたと言えることができる。

4. 最後に、原告の主張する損害について特別事情による損害であると判断した判決のなかで、原告が特別事情による損害であることおよび予見可能性について立証を尽くしていないので、損害賠償を認めることができないとした ① 大判昭和 15・2・29³⁸⁾、および ② 最判昭和 48・6・7³⁹⁾について検討する。

① 大判昭和 15・2・29【4-①】では、予見可能性の基準時が争点となっている。本判決は、富喜丸事件判決を判決理由中に引用した数少ない判例⁴⁰⁾の一つである。

株式の取得者が、株式名義人から自己に名義書換手続をしようとしたが、その手続において株式名義人の間違った行為により名義書換手続を完了することができなかった。このために、名義人であれば得ることができたはずの変態増資による新株割当の利益について、損害賠償を請求した事件である⁴¹⁾。

原審は、変態増資は通常生ずべき事情と見ることはできないと判断し、被告が訴外 A に白紙委任状を添えて株券を交付した際にこの変態増資を予見または予見し得べかりしものと認めることができる証拠も存しない、として請求を棄却した。原告は、被告が株券交付した後の一定時期を示して、その時期に被告は変態増資を予見したまたは予見することができたはずであると主張して、上告した。

大審院は、富喜丸事件判決を引用しながら、特別の事情についての予見可能性の基準時は不法行為時であるとして、上告を棄却した。

本判決は、富喜丸事件の「特別の事情についての予見可能性の基準時は不法行為時基準時である」というルールによって、損害賠償請求を否定した事例である⁴²⁾。そのことによって、原審における判断、つまり、原告は、被告が不法行為時に特別事情について予見していたまたは予見可能であったということについて十分な証拠を示していないという判断がそのまま認められたとすることができる。

本判決において不法行為と主張されている行為は、株式移転手続において届出と違う印鑑を押印した白紙委任状を交付した行為である。この行為が故意行為であるとの主張がとくにみられないので、過失行為であることを前提に不法行為に基づく主張をしたと推測される。仮にそうだとすると、本事例は、過失不法行為についてその行為時の予見可能性の有無を問題とした事例であり、その点で富喜丸事件と類似していることが注目に値する。

しかしながら、不法行為と主張された行為は偶発的な事故ではなく、株式の名義移転手続に関する行為である。被告が株式の名義人である以上、一般的に株式所有から発生する利益および不利益については了知しており、保有していた株式について情報を獲得していた可能性もありうる。そのような事情を考慮すると、仮に過失不法行為であるとしても、特別事情についての予見可能性の有無を問うことの意味が存在する事例でもある。また、被告と原告との関係が株式の譲渡人と譲受人であるとするれば、債務不履行責任を問うことができる関係ではないかとおもわれる。

以上のように、不法行為の態様という点から本件をみると、他の事例とは異なっていることが明らかである。また、本事例では、原告が主張している損害が、特別増資に伴う新株の割当が受けられなくなったという得べかりし経済的な損失であることにも注目すべきである。

② 最判昭和 48・6・7【4-②】は、不法行為の損害賠償の範囲に関する一般原則を示したものとして、富喜丸事件と並んで引用されることが多い判決で

ある。それは、「不法行為による損害賠償につき民法四一六条が類推適用されるとする見解そのものに賛成することができない」とする大隅裁判官の反対意見に対して、「いまだちにこれを変更する要をみない」と述べて不法行為について 416 条を類推適用することを再確認した判決であるからである。

本件の事実関係をやや詳しくみてみることにする。本件は、神戸でカステラ製造販売を営む合資会社の有限責任社員 X が、解任された前有限責任社員 Y（原告の異父兄）がおこなった仮処分決定の執行によって損害を被ったとして賠償を請求した事件である。この事件の背景には、有限会社の経営や土地利用の方法をめぐる争いがあったらしい。その争いの内容に関しては、X 主張のように、Y が真面目に働かず金をせびるだけの目的を持っていたか、それとも、Y 主張のように、X が Y の関与を棚上げにしようと画策したのか、そのどちらであるかについては、判決は認定していない。X が不動産を担保として銀行から融資を受けて東京に進出する計画を持っていたと主張するが、他方、Y は、X が勝手に財産を処分して東京に出奔すると主張して、X の財産処分を禁止する仮処分を申請し、その仮処分決定の執行をした。この執行に対して、X がその本案の起訴命令の申立をし、同命令が Y に発せられた結果、Y は、右仮処分の執行取消手続をした。

X は、Y の不当な仮処分の執行によって、資金調達に支障が生じ東京での支店開設に遅れが生じたと主張して、その間の得べかりし利益および信用失墜による精神的損害について、Y に対して賠償を請求した。

第一審、原審ともに、X の請求を認めなかった。その理由は、第一審では、仮処分の前提要件である被保全権利がないことが認定できず、不当な仮処分とは言えない、というものである。原審も同様に不当な仮処分とは言えないと判断するとともに、さらに、X 主張の損害は特別の事情によって生じた損害であるから、請求を認容するには、Y がその特別の事情を予見または予見し得べかりし状況にあったことが必要であるが、その認定をすることができない、という理由が加えられた。

最高裁は、判決理由の冒頭で、416 条の類推適用について次のように述べる。

「不法行為による損害賠償についても、民法四一六条が類推適用され、特別の事情によって生じた損害については、加害者において、右事情を予見しまたは予見することを得べかりしときにかぎり、これを賠償する責を負うものと解すべきであることは、判例の趣旨とするところであり（大審院大正一二年（オ）第三九八号・第五二一号同一五年五月二二日判決・民集五卷三八六頁，最高裁昭和二八年（オ）第八四九号同三二年一月三十一日第一小法廷判決・民集一一卷一号一七〇頁，同昭和三七七年（オ）第四四四号同三九年六月二三日第三小法廷判決・民集一八卷五号八四二頁参照），いまだちにこれを変更する要をみない。」

そして、X 主張の損害について「通常生ずべき損害にあらず、特別の事情によって生じたものと解すべき」と判断したうえで、Y が「本件仮処分の申請およびその執行の当時、右事情の存在を予見しまたは予見することを得べかりし状況にあつたものとは認められないとした原審の認定を正当」と判断して、上告を棄却した。

なお、仮処分の被保全権利の存否については、原審と判断を異にして、「被保全権利の不存在が、本案訴訟において確定されていないとしても、——Y が起訴命令を受けながら本案訴訟を提起せず、かえつてみずから仮処分の執行取消申請をしたという事実があるとすれば、本件仮処分は被保全権利を欠く違法なものであつたと推認するのが相当である」と判断した。

この事件において、最高裁は、不法行為の被害者が発生したと主張している損害について、それが通常損害ではなく特別損害であると判断したうえで、加害者が行為時に、特別事情を予見したかどうか、または予見可能であつたかどうかについて検討を加え、予見可能性があつたとは認定できないことを根拠として損害賠償請求を否定している。原告が第一審において請求した損害は、不当な仮処分申請とその仮処分決定の執行によって支店開設が遅延したために発生した得べかりし利益と信用を失墜したことによる精神的損害である。原審においては、支店進出のために土地を取得する費用が余分

にかかることになった損害についても損害賠償が請求された。このすべてについて、最高裁は特別事情による損害として判断している。

本判決における不法行為の態様は、不当な仮処分申請とその仮処分決定の執行であり、請求されている損害は、そのために支店開設が遅延して喪失した得べかりし営業利益と信用を失墜したことによる精神的損害、および土地を取得するために余分にかかった費用である。

5. 以上において、特別事情による損害であると大審院または最高裁が認めた判決について検討した。それらの判決は416条第2項を類推適用したものである。ところが、それ以外にも、416条を準則として判断しているとおもわれる判決が存在する。

その典型的なパターンは、原審において損害賠償が認められたことに対して、被告がその損害について「特別損害」であると主張して上告しているものである。被告は、特別事情またはその予見可能性についての立証が尽くされていないと主張している。それに対して、最高裁が、上告理由がないとだけ判断して上告を棄却する場合や、または問題の損害について相当因果関係が存在すると判断して上告を棄却している場合が多いが、稀に、損害について検討して、「通常損害である」と確認したうえで上告を棄却していることがある。そのような場合には、416条を準則として判断していると考えられる。そのような判決として ① 最判昭和49・4・25⁴³⁾および ② 最判平成8・5・28⁴⁴⁾を検討する。

また、③ 最判昭和61・7・17⁴⁵⁾は、その争点が前訴の既判力、すなわち、前訴判決で将来の損害賠償を認容された場合に、事情変更を理由としてさらに損害賠償を請求することができるかに関するものであったが、判決理由のなかで、特別損害と通常損害という概念を使用して判断しており、416条を準則としていたと考えられるものである。これらの判決を順次検討しておくこととする。

① 最判昭和49・4・25【5-①】は、交通事故の被害者の近親者が看護のため被害者のもとに往復した旅費について、「近親者において看護等のため被

害者の許に赴くことが、被害者の傷害の程度、当該近親者が看護に当たることの必要性等の諸般の事情からみて社会通念上相当であり、被害者が近親者に対し右旅費を返還又は償還すべきものと認められるときには、右旅費は、近親者が被害者の許に往復するために通常利用される交通機関の普通運賃の限度内においては、当該不法行為により通常生ずべき損害に該当する」と判断した。損害賠償を認めた原審判決に対して、被告が「特別事情による損害」であると主張して上告したのに対する判断である。

本判決は、時期的に、不法行為について 416 条を類推適用することを再確認した最判昭和 48・6・7【4-②】に続くものであり、同判決と同様に、大隅裁判官は、不法行為について 416 条を類推適用することについて反対する見解を明らかにしている⁴⁶⁾。そのような意見に対して、本判決の多数意見は、不法行為について 416 条を類推適用することを再確認するために、請求されている外国との往復旅費を「通常生ずべき損害である」と断定したと考えることができる。

本判決の事案は交通事故であり、不法行為の態様は、意思的な不法行為ではなく過失不法行為である。また、発生した損害は、第一次的には人身損害である。

人身損害が発生した場合には、看護に関する費用は、被害者の傷害の程度、当該近親者が看護に当たることの必要性等の諸般の事情からみて社会通念上相当であるかぎり、交通費も含めて損害賠償を請求することができるというのが、本判決の趣旨であったものと考えられる。しかし、本事例においては、被害者の親族が外国から帰国する必要があったためにその費用を損害として賠償請求することができるかどうかについて争いとなり、被告がそれは「特別事情による損害」であると上告し、また、大隅裁判官が 416 条を類推適用するという原則に対して反対したがゆえに、多数意見が「通常生ずべき損害である」と述べたものである。本件で請求された損害の種類は、積極的財産損害である点でも、本稿で取り扱っている他の判決とは異なっている。

② 最判平成 8・5・28【5-②】は、違法な不動産の仮差押命令の申立ておよびその執行による不法行為に関する損害賠償請求事件である。

Y が、X に対して損害賠償債権を有するとして、X 所有の不動産の仮差押命令の申立て及びその執行を行った。X は、当初からその被保全権利が存在しなかったとして、違法な仮差押命令の申立て及びその執行によって、損害を被ったと主張した。X が主張した損害は、仮差押解放金を供託してその執行の取消しを求めるため、金融機関から資金を借り入れ、あるいは自己の資金をもってこれに充てることを余儀なくされたとして、借入金に対する約定の利息および債務者の自己資金に対する法定利率の割合に相当する金員であった。

原審が、それらの金員を違法な仮差押命令により債務者に通常生ずべき損害に当たると判断した。被告は、仮差押解放金のための借入金の金利相当額は特別損害に当たると主張して上告した。

本判決は、「仮差押解放金の供託期間中に債務者が支払った右借入金に対する通常予測し得る範囲内の利息及び債務者の右自己資金に対する法定利率の割合に相当する金員は、違法な仮差押命令により債務者に通常生ずべき損害に当たる」と判断して、上告を棄却した。

「通常予測し得る範囲内の利息」は「通常生ずべき損害」と述べている点で、通常損害であるかどうかの判断基準として一般的な予見可能性を問題としているとすることができる。そのような意味で 416 条を基準として判断しているものと考えることができる。

本件における不法行為の態様は、違法な仮差押命令の申請および執行である。また、請求されている損害は、それを免れるために第三者から借り入れた金員についての約定利息である。本件の実事関係は、【2-①】と非常に類似している。【2-①】における不法行為の態様は、違法な仮差押命令の申請および訴えの提起による不法行為であり、請求された損害はそのため第三者との売買契約を履行することができなくなったために支払った違約金である。【2-①】判決では、特別事情による損害であると認定したうえで、損害

賠償を認めているが、本判決は、個別の立証を要求しないで「通常予測できる損害である」として「通常損害」として損害賠償を認めている。

③ 最判昭和 61・7・17【5-③】の争点は、前訴判決で将来の損害賠償を認容した場合に事情変更を理由として追加して損害賠償を請求することができるか、というものであった。

本判決の事実の概要は次のとおりである。X の土地を Y が不法占拠し続けているために、X は Y に対して、前訴を提起して、建物取去および土地の明け渡しを求めるとともに、明け渡しまで賃料相当額を損害金として支払いを求めた。前訴で X の請求が認められ、昭和 54 年 1 月 30 日に確定した。しかし、Y が土地の不法占拠を続けて第三者に賃貸し続けたままであった。前訴の口頭弁論終結後、土地価格が著しく高騰し、昭和 54 年から 55 年にかけて、さらに近隣で商業地としての整備が完了したために、土地を駐車場として使用することができるようになりその賃料相当額が前訴で認容された額を大きく上回った。そこで、X は、相当賃料額と認容額の差額について支払いを求めて新たに訴訟を提起した。第一審が請求を棄却したので、X は控訴し、新たな控訴理由を付け加えた。新たな控訴理由は、前訴確定後に生じた経済的事項の変更により昭和 55 年 4 月 1 日の駐車場としての賃料相当額は 13 万円になっており、前訴認容額が著しく不相当となり当事者間の公平を甚だしく害する事情があると主張した。

原審は、事情変更の主張に対して、前訴認容の建物の賃料相当額の損害賠償請求は通常生ずべき損害の請求であり、X が本訴で請求している駐車場としての賃料についての得べかりし利益の損害は前訴で請求していない特別事情による損害であると判断した。さらに、特別事情についての Y の予見可能性に関して、原審は、Y が本件土地の西側隣接地で駐車場の営業をしていたことをあげて、本件土地が駐車場として利用されるに至ることは周辺状況から Y においても予想できたところであると認定して、特別事情による損害について請求を認容した。

最高裁は、事情変更の原則によって新たな損害賠償請求を認めた。しか

し、それは事情変更があったと判断される昭和 55 年 4 月 1 日以後の損害についてである。

それ以前の損害の差額、つまり前訴の口頭弁論終結後から昭和 55 年 3 月 31 日までの建物の賃貸料と駐車場としての賃料との差額については、「土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し仮換地の使用収益を妨げられていることによって受ける損害の賠償を求める請求権は、通常生ずべき損害及び特別事情によって生ずる損害を通じて一個の請求権であって、その履行を求める訴えにおいて、通常損害と特別損害のいずれか一方についてのみ判決を求める旨が明示されていない場合には、たとえ請求原因としてはその一方のみを主張しているにとどまるときであっても、一部請求であることが明示されているのと同視しうるような特段の事情の存在しない限り、これに対する判決の既判力は右請求権の全部に及び、新たに訴えを提起して、右請求を一部請求であったと主張し、他の一方の損害の賠償を求めることはできない」と判断した。

本判決は、前判決の既判力の範囲に関する争点について判断するにあたって、「通常損害と特別損害は合わせて一個の請求権である」と判断しており、損害について「通常損害」と「特別損害」を別のものとして認識している点で、不法行為についての 416 条の類推適用を前提としているものと考えられる。

本判決において、不法行為の類型は土地建物の不法占拠であり、請求されている損害は、土地の利用についての得べかりし利益である点が注目に値する。

以上において検討対象とした判決のほかに、判決理由中で富喜丸事件判決を引用している判例、大判昭和 12・2・23⁴⁷⁾および最判昭和 32・1・31⁴⁸⁾が存在する。これらは、富喜丸事件判決を引用してはいるが、416 条の類推適用に関する先例として引用しているわけではないので、本稿では検討対象とはしていない。

IV 結 論

以上の検討から、第一に、416 条を類推適用して、特別損害であると大審院または最高裁が判断した【2-①】から【4-②】までの六つの判決における不法行為の態様は、【2-①】山林の不法伐採，【2-②】不法な訴訟提起，【3-①】立木の不法伐採，【3-②】不法な強制執行，【4-①】株式の移転手続における過誤，【4-②】不法な仮処分執行であることが明らかになった。また、富喜丸事件が引用し覆した判決【1-②】【1-③】【1-④】における不法行為の態様は、詐欺による物のへん取，占有物侵奪，不当な仮処分事例であった⁴⁹⁾。つまり、富喜丸事件判決および【4-①】を除いて、不法な占有物所有物の侵奪または不当な提訴等の意思的な (intentional) 不法行為類型である。そして、富喜丸事件は損失について計算可能性がある商人間の不法行為であり，【4-①】は株式譲渡に関する債務不履行に類似する不法行為である。

第二に、損害賠償請求の対象となった損害は，【2-①】適正な伐採時期に伐採したであろうならば得ることができた立木の価格，【2-②】第三者との契約を履行することができなくなったために第三者に支払った違約金，【3-①】原告主張の時期の立木の価格，【3-②】不法な強制執行によって営業ができなくなった期間の営業利益，【4-①】株式名義人であれば得ることができたはずの変態増資による新株割当の利益，【4-②】不法な仮処分執行によって支店開設が遅れた期間の得べかりし利益および信用失墜による精神的損害である。また、富喜丸事件判決が引用し覆した判決【1-②】【1-③】【1-④】における損害は、詐欺によって占有を奪われた物の騰貴した価格，不法に刈り取られてしまった稲の最高価格，不法な仮処分によって第三者に対する債務が履行できなくなったために支払った損害賠償の予定額である。つまり、物の滅失に関する得べかりし利益，第三者との間に存在した契約が不履行となったために契約に基づいて支払った金員，予定通り営業できれば得ら

れたであろう営業上の利益、および適切に手続が行われれば株式所有から派生する新株割当の利益である。これらの損害は、特別事情による損害として、特別事情とその予見可能性が立証されれば賠償請求が認められる損害である。

以上から、不法行為法における 416 条の類推適用は、富喜丸事件判決において一般的な原則として宣言されたが、実は、その後の大審院および最高裁判決では限定的な範囲で機能してきたと考えたほうがよいようである。

なお、III 5. で検討した「通常損害」に関する判決をどのように解釈したらよいかについては疑問を抱いたままである。このタイプの判例については、いまだ網羅的に検討したとは言えない状態である。判例が通常損害についても、予見可能性に言及しないで、因果関係の相当性を述べるにとどまる傾向に移行しているのではないかとの印象を持っているが、この点についても論証できていない。

注

- 1) 大判大 15・5・22 民集 5・6・386。
- 2) 同上 420。
- 3) 最判昭和 48・6・7 民集 27・6・681。
- 4) 同上 682。
- 5) 同上。
- 6) 最判昭和 50・10・3 交通民集 8・5・1221。
- 7) 最判平成 5・9・9 交通民集 26・5・1129 判時 1477・42。
- 8) 樫見由美子「事故と自殺の因果関係」民法判例百選 II 債権【第 4 版】167。ただし、同「事故と自殺の因果関係」民法判例百選 II 債権【第 5 版】166 は、同じ判決についての解説であるが、そのような見解を採っていない。
- 9) もちろん、形式的に考えても、最高裁が判例を変更するには大法廷判決をもっておこなうことが必要であり、前記昭和 48 年判決を変更する旨の大法廷判決がない以上は、不法行為に 416 条を適用することは、そのまま最高裁の考え方として維持されていると言うことができる。
- 10) 最判平成 8・5・28 裁判所時報 1172・2 判時 1572・53 判タ 914・100、および平成 8・5・28 民集 50・6・1301。
- 11) 原告の請求した損害は、正確には、保険会社から填補を受けた額などを控除した

額であるが、ここでは、本稿の趣旨に沿うように要約して表現している。

- 12) 民集 5・6・392。
- 13) 原告が先例として引用した判決は大判明治 41・3・18 民録 14・290, 大判大正 7・1・28 民録 24・51, 大判大正 10・4・4 民録 27・616 である。
- 14) 民集 5・6・419。
- 15) 同上。
- 16) 同上 420。
- 17) 大審院にとっては、原審が騰貴した価格については賠償が認められないとした結論は妥当であるが、価格の騰貴は自然の趨勢によるものではないことを理由としている点で、原審の判断は間違っていることになる。
- 18) 民録 21・81。
- 19) 民録 23・1026。
- 20) この事件の事実の概要は次のとおりである。原告の自動車が踏切で被告の電車と衝突して損害を被った。原告の自動車運転手は、被告の踏切の信号手の信号に従って進行して電車に衝突するに至った。原告が自動車の損害について損害賠償を請求したのに対して、原審が損害賠償を認めた。被告は、次のように主張して上告した。踏切の信号手が間違った信号を出したのは、原告の自動車が高速度で突然進行してきたことに驚いたからである。原告の行為に驚いた結果信号手が誤った信号を出して、原告に損害が発生しても、その損害は「事物ノ通常ノ経過ヨリ生シタル損害」と言うことができず、むしろ「特別ノ事情ヨリ生シタルモノ」と言うことができる。したがって、原審判決が、信号手がその特別の事情を予見することができたかどうかについて何らの判断を下さないまま、被告に損害賠償を認めた点で理由不備の違法がある。

大審院は、「不法行為ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第四百十六條ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情トニ因リ生シタル損害トヲ問フノ要ナク從テ不法行為ニ因リテ損害ヲ生シタル本件ノ場合ニ於テハ其損害カ行為者ノ予見シタルモノ又ハ予見シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ審究スルノ要ナシ」と述べて、上告を棄却した。

付け加えると、以上から明らかなように、ここで原告が争っているのは、損害賠償の範囲ではない。むしろ、責任成立要件としての因果関係である。しかも、争点は因果関係であるような争い方をしているけれども、本当の争点は、原告の行為を前提として被告の信号手の行為は過失と評価できるかどうかであったとおもわれる。

- 21) この事件の事実の概要は次のとおりである。原告は第三者との間で、原告を売主とする木材の売買契約を締結していた。この契約には売主が一定の期限に木材を引き渡さないときには、売主の過失の有無を問わずに 2000 円を賠償するという条項が含まれていた。被告が契約の目的物である木材について仮処分をしたので、原告は

期限に契約を履行することができず、第三者に対して契約に従って予定された損害賠償を支払った。原告は、不当な仮処分によって損害を被ったとして、第三者に支払った損害賠償額について損害賠償を請求した。原審が損害賠償を認めたので、被告が上告した。

- 22) 同判決は、因果関係をどのような基準で判断するかについては、「事物通常の状態に依り社会普通の観念に基き之を判断するの外なきものとす」と述べた。
- 23) 刑録 22・1777。
- 24) 民録 27・616。
- 25) この事件の事実関係は明らかではない。刑事法廷でおこなわれた詐欺事件の付帯私訴判決であり、および判決理由中に悪意に言及した部分があるので、悪意の犯罪による被害に関する損害を賠償請求したものと推測できる。
- 26) 刑録 22・1784。
- 27) この事件の事実の概要は、以下のとおりである。賃貸人（所有者・被告）が賃借人（転貸人）に対し契約解除の意思表示をしたが、原告である転借人がこれを知らず、またその通知を受けたこともなく、その土地に稲を耕作し続けた。所有者がこれを刈り取ってしまったために、原告が稲の騰貴した価格について損害賠償を請求した。原審は、騰貴した価格について法定利率による損害賠償を認めた。上告理由は多岐にわたったが、大審院は、善意の占有者として本訴の土地を耕作した原告はその果実である稲を取得する権利があると認めたうえで、被害物の価格が不法行為の時より後に騰貴したときは賠償権利者はその機会を利用して利益を得べかりしものなれば騰貴した時の価格によって賠償額を算定し請求することができる、とした。
- 28) 民集 5・6・420。
- 29) 同上。
- 30) 同上。
- 31) 被害者死亡の場合の損害賠償請求権の相続性に関する代表的判決である。
- 32) 大判大正 15・2・16 民集 5・150。
- 33) 民集 18・5・842。
- 34) 裁判所時報 1172・2 判時 1572・53 判タ 914・100。
- 35) 民集 9・1164
- 36) 大審院裁判例 9・民 125。
- 37) 判決理由中に富喜丸事件判決を引用している判例は、少ない。以下において、順次検討するが、大判昭和 5・12・20 民集 9・1164（本判決）、大判昭和 12・2・23 新聞 4114・10、大判昭和 15・2・29、最判昭和 33・7・17 民集 12・12・1751、および最判昭和 48・6・7 民集 27・6・681 である。
- 38) 新聞 4548・7。
- 39) 民集 27・6・681。

- 40) 注 37 参照。最判昭和 35・3・10 民集 14・3・389 では、上告理由において「修理不可能なものは損害発生当時のそのものの交換価値が損害である」ことを示す判例として富喜丸事件判決が引用されている。また、上告理由は、石垣倒壊による損害は財産的損害に限られるべきであり、当事者が精神的損害を予見していたならば、特別事情による損害として賠償されるかもしれないが、予見が全然なかったのに、慰謝料を認めた原審の判断は誤りであると主張した。最高裁は、これらの主張を認めてはいない。
- 41) 事実の概要は、次のとおりである。株式取得者 X が株式名義人 Y から自己に株式の名義を書き換えようとした。この手続において、Y が株券添付の白紙委任状に届出と異なる印鑑を押印したために、名義書換を受けることができなかった。この間に、株式会社が増資の目的を達するために新会社を設立し合併して新株を株主に割り当てる変態増資がなされたが、名義書換が済んでいなかったために、X は株式を取得したにもかかわらず、いわゆる新株の割当および金員の交付を受けることができなかった。X は、Y の不法行為によって損害を被ったとして、Y に対して損害賠償を請求した。
- 42) 本判決の事実関係の詳細は明らかでない。株式名義人と株式取得者との間の株式譲渡をめぐる権利関係が不明である。事案の具体的な救済方法として、原告が請求の根拠を債務不履行に基づく請求と構成する方法がなかったのかどうかについて疑問を抱く。また、届出と違う印鑑を押印した白紙委任状を交付した行為を不法行為であると原告は主張しているが、その後の名義人の不作為を不法行為と構成する主張をしていない点についても、同様に疑問を抱く。つまり、本判決において株式名義人の「不法行為時」の予見可能性の有無が請求を否定する結論を導いたのであるから、原告としては、予見可能性の判断の基準時を事実上繰り下げるような予備的な主張をしておくことがあってもよかったのではないかと考える。
- 43) 民集 28・3・447。
- 44) 民集 50・6・1301。
- 45) 民集 40・5・941。
- 46) 「この[不法行為に 416 条を類推適用する]見解をとるときは、本件旅費が本件交通事故により被上告人の被った損害として加害者である上告人において賠償するのが公平の観念に照らして妥当であると考えられるかぎり、何としてもこれを本件交通事故により通常生ずべき損害として捉えなければならないわけである。けだし、それが特別の事情によって生じた損害であるとするならば、上告人がその賠償責任を負うがためには、同人において被上告人の娘の和子に関する前記の事情を予見したは予見しうべかりしことを要するが、かかることはおよそ問題になりえないからである。」「本件旅費が本件交通事故によって通常生ずべき損害であるとする右の多数意見の説明は、いかにも苦しくいささかこじつけの感を免れないようにおもわれ

る。かりにこれが一応納得できるものであるとしても、それは、本件旅費につき原告人の賠償責任を認めるのが相当であるという点においてであって、本件旅費が本件交通事故により通常生ずべき損害であるという点においてではない。」

- 47) 新聞 4114・10。本判決の事実関係の詳細は不明であるが、原告は、被告の不当な仮処分および仮執行によって船舶の利用が妨げられたとして口頭弁論終結までの船舶の賃貸料について損害賠償を請求した。船舶はそれより前に被告によって第三者に譲渡されており、原審は、譲渡された翌日に「原告はその所有権を失っている」と判断して、原審は、船舶の賃貸料について損害賠償を認めなかった。原告は、被告が船舶の滅失を証明しないかぎり、被告の不能行為によって船舶の利用が妨げられていると主張して、上告した。

本判決は、富喜丸事件判決を引用して、被害者が滅失当時における物の価格を標準として定められたる賠償を得たときには、その物の将来の通常の使用収益についての賠償をも得たというべきであり、更に賠償を請求することはできないと判断した。

- 48) 民集 11・1・170。本判決の事実関係は、次のとおりである。

原告所有の船舶の所有権が、競売によって、原告より訴外 A へ更に A より被告へと移転した。原告は、A の本件船舶競落手続に瑕疵があつたことを理由に競売の無効を主張して、前訴で、被告に対して、所有権確認、船舶引渡の請求訴訟を提起した。前訴第一審では原告が敗訴したが、第二審および大審院で原告勝訴となり、原告が本件船舶の所有権を有することが確定した。しかし、被告は前訴第二審係属中に船舶を訴外 B に売却処分してしまっていた。船舶は、通信省によって戦時使用されたために、前訴が確定して所有権に基づいて原告が昭和二十三年に強制執行をしたときには、船舶の主機補機属具等が存在しない状態であり、僅かに残存する外板および甲板のみが原告に引き渡された。

そこで、原告が被告に対して、被告が訴訟係属中に売却処分したことが不法行為であると主張して、損害賠償を請求した。争点の一つが、損害額の算定の基準時であった。

原審は、「損害額は引渡執行の時を基準とすべきである」とした。これに対して、被告は、損害賠償の基準時は不法行為時であり、前訴の判決確定時に不法行為が発生していると言うことができるので、前訴の判決確定時の船舶の価格について賠償義務を負う、と主張して上告した。

最高裁は、「およそ不法行為による物の滅失、毀損に対する現実の損害賠償額は、特段の事由のない限り、滅失毀損当時の交換価格によりこれを定むべきである（大判、民刑連、大正一五、五、二二、民集三八六頁参照）」と述べて、原審が船舶の滅失、毀損の時期、および滅失毀損当時におけるその価格を確定せずに、引渡執行の時を基準として損害賠償を命じたことについて、誤りであると判断した。

不法行為における 416 条の類推適用について

富喜丸事件の場合には、過失ある船舶の運航によって衝突が発生し船が沈没するという損害が発生しており、不法行為時と物の滅失毀損時は同一であるが、本事例においては不法行為時と物の滅失時は別であり、しかも不法行為時がいつであるかという争点も存在する。これらの問題に対して、本判決は、富喜丸事件判決を引用して、損害賠償額は滅失時の時価が損害賠償額となると判断したものである。

49) 【1-①】の事実関係を検討対象としない理由については、本稿 123 頁参照。